

《論 說》

旧東独の「政府犯罪」の処罰と時効に関する 最近の判例と立法

——ドイツにおける第二の「過去の克服」問題と刑法——

川 口 浩 一

一 ホーネッカーの死

一九九四年五月二九日、チリのサンティアゴでエーリッヒ・ホーネッカーは、八一歳でその生涯を終えた。これに對してベルリン市長のディープゲンは「エーリッヒ・ホーネッカーの名は、彼が建設し、その存在を最後まで弁護したベルリンの壁と永遠に結び付けられ続けることになる。……法治国家の持つ可能性は、彼の責任を問うにはあまりにも限られたものであるけれども、壁での死者を含む数百万人に及ぶ彼の政策の犠牲者は彼を訴え続けている」というコメントを公表している。⁽¹⁾ 周知のように一九九三年一月一三日のベルリン憲法裁判所の決定によって彼の訴訟は打ち切られた。⁽²⁾ この「法治国的」決定については批判的なものも含めて多くの論評が出されているが、これによってホーネッカーの法的責任を直接問うことは永遠に不可能となった。しかしホーネッカー、シュトフ、⁽³⁾ ミールケとい⁽⁴⁾った「中心人物」を既に欠いていたとはいえ、ベルリン地裁によって一九九三年九月一六日にケスラー、シュトレーレ

ツ、アルブレヒトに対する謀殺教唆罪での有罪判決が下された。⁽⁵⁾そして、この訴訟は、まだ確定していないので、今後下されることになる連邦裁判所の判決が注目される。連邦裁判所によっても間接的にホーネッカーの責任についてもさらに明らかにされる可能性は残されているのである。

これらの旧東独のいわゆる「政府犯罪」は、「統一ドイツの刑法問題」⁽⁶⁾のなかでも、政策的にも理論的にも、特に困難なものとされている。即ち、ナチス政権による不法に対する「過去の克服」に次ぐ「第二の過去の克服」問題に、ドイツはいま直面しているのである。このことは、そのような過去の克服の手段として刑法が適合的なものであるかという基本問題と関連している。またホーネッカーを含む国家指導部の刑事責任をどのように構成するかという刑法解釈論の問題もある。以下ではこの解釈論の問題について若干の考察を加えてみたい。もっともホーネッカー自身についても様々な犯罪行為の容疑があったが、ここでは次節において述べる国境におけるいわゆる「共和国逃亡者」被害という問題について考察する。

まず第一の問題点は、罪刑法定主義、遡及効の禁止との関連である。国境警備兵の刑事責任について最近BGHは、後述のように国境法の正しい解釈（いわゆる「人権友好的解釈」）によれば、国境における逃亡者の無差別の殺害は許されないということが、殺人罪の成立を基本的に肯定する見解を示している。この見解によれば国家上層部は自らのイニシアティブで制定した国境法の「誤った解釈」を行っていたが故に、同法二七条による正当化は認められないということになる。しかしこの解釈は自然法や正義の原則を援用して現実に存在していた法秩序を「法律的不法」であるとする事実と実質的に変りないことであるように思える。確かに国境法を制定し、その「人権敵対的な解釈」を定着させた国家上層部が処罰されずに、それを命令によって実行したにすぎない国境警備兵のみが処罰されるといふのは納得できない結論であらう。けれども少なくとも国境侵犯者に対して配慮することなく銃器を使用できるとい

う「法秩序」が旧東独においては現実に存在していたのであり、それを現行の法秩序を基準として処罰することはやはり遡及効を認めることと同じではないかという疑問には理由があると思える。しかしこの特にヤーコプスによって唱えられている「現実に存在した法秩序」という基準⁽⁷⁾についても、その具体的な判断基準について疑問が残る。例えば仮に旧東独国家が統一されずになお存続していたが民主主義的な政權に移行していた場合でも、ホーネッカーは処罰できなかったのであろうか。現にホーネッカーはその失脚後旧東独の檢察によっても壁における謀殺罪容疑で捜査が開始されていたのである。現在の法秩序とは異なる法秩序が存在していたとしてもその法秩序の元でも法を濫用した行為というのは存在しうる。これとの関連で興味深いのは旧東独司法による「枉法」が問題とされている訴訟である。現在継続している国家上層部に対する訴訟と共に、旧東独司法に対する裁判の行方にも今後注目していく必要があるだろう。

次に上層部の責任と共犯理論との関係が問題となる。これについて檢察は、いわゆる「組織的支配」の理論の適用を試みている⁽⁸⁾。このような国家の命令による行為が共犯なのか、正犯なのかは刑法理論的にも興味深いものであり、どのような判決が下されるか注目されるところである。

二 いわゆる「壁の射手」事件に対するBGH判決

以上の上層部に対する裁判は、既に一部が打ち切られ、また継続しているものもまだ連邦裁判所の判決はでない。これに対して、いわゆる射殺行為を直接実行した「壁の射手」と呼ばれる国境警備兵の刑事責任については、既に連邦裁判所の判例も出され、学説においても分析が進んでいる。そこで以下ではこれらの判例のうち特に連邦裁判所の判例を紹介し、論点をみておくことにしよう。

(一) BGH一九九二年一月刑事部判決(いわゆるBGH第一判決)⁹⁾

【事案】被告人WはDDR国境警備部隊の下士官として、Hは兵士としてベルリンの壁の警備の任務についていた。

一九八四年一月一日午前三時一五分当時二〇歳のSが壁に梯子をかけて乗り越えようとしていたところを兩名が発見し、静止を求め、威嚇射撃を行ったがSがそれを無視して壁の上頂部に手をかけたので、WとHは「継続射撃」(Dauerfeuer)を行い、その中、Wの撃った弾丸がSの背中に(これが致命傷となった)、Hの弾丸は膝に当たった。Sは同日午前五時三〇分の直前になって初めて人民警察病院に収容されたが、午前六時二〇分に死亡した。

これに対してベルリン地裁少年部は、故殺のかどでWに一年六月の少年刑、Hに一年九月の自由刑の有罪判決(執行猶予付き)を言い渡した。これに対して上告がなされたが、連邦裁判所は次のように述べて被告人側の主張を退けた。

【判旨】被告人の当該射殺行為は、旧東独の国境法二七条二項に銃器使用条項に基づいて行われたものであるから、その違法性が阻却されるという主張は認められないとした。

この判例に対して学説の大部分はその結論を肯定する。特に、連邦裁判所が、国境法自体の無効性ではなく、当時旧東独も加入していた国際条約をも援用して、それを「人権友好的に」解釈することによって遡及効禁止の問題を回避しようとしたことが評価されているといえよう。しかしこれに対して以前から批判的な見解を主張していたヤーコプスは、このような解釈も遡及効禁止の原則に反するとする。彼によると、刑法の実定性の観点から問題は解決されるが、その際、上述のように、基準となるのは「現実存在した法秩序」でなければならないとして、それを基準とする国境で逃亡者の殺害は合法的なものと考えられていたのであり、それを事後的に違法なものとするのは、遡及効禁止の観点から見て認められない。この問題はナチス犯罪の処罰問題とも関連しており、それに対して提示され

たいわゆる「ラートブルフ公式」が適用できるかという問題も議論されている。法哲学的にみると、ラートブルフ公式における正義の意義、自然法と実定法の関係、実定性の判断基準などの問題と関連している。したがって、そう簡単に結論を出すことのできない困難な問題であるが、ヤーコプスがいのように「刑法は実定法の子」であり、それを無視して自然法によって刑罰権を創設することはできないと考える。それゆえ自然法やおそらく国際法によっても、現実存在していた国境法自体が無効であるということはできないであろう。問題は本連邦裁判所の判決のように国境法自体の有効性自体は認めたりえて、それを「人権友好的に」解釈することが可能かということであろう。しかし国境法二七条の解釈については旧東独において争いがあった訳ではなく、特に一九七四年以降においては、いわゆる「共和国逃亡」の阻止に成功した者は射殺者を含めて表彰するという実務が行われていたのである。罪刑法定主義の根拠と、法律に基づいて行為すれば処罰されることとはないとする国民の信頼保護の観点から見ても、少なくとも国境警備兵を処罰するのは無理であると考ええる。禁止の錯誤についても、当時の国境警備兵に「人権友好的」解釈を期待することは不可能であろう。しかし上述のようにそのことと国家上層部の責任との関係には、なお考察すべき問題が残されているように思える。

(二) BGH一九九三年六月刑事部判決(いわゆるBGH第二判決)⁽¹⁰⁾

【事案】被告人、K、S¹、S²、およびHは、旧DDR国境部隊における兵役義務者として国境警備の任務についていた。

一九八九年二月五日、G¹とG²が、国境の柵の方向に向かった時、警報を聞いた被告人達は、その柵のところへ向かった。S¹とKは「止まれ! 動くな!」と叫んだ。しかしG¹とG²はそれを見無視し、さらに柵に近づこうとした。そこでS¹は約一〇〇メートル位のところから、足を狙って計六発発砲した。Kも同じ距離から発砲した。その間、S²とH

は、被害者に約三九メートルの距離まで近づいていた。S²は、自らは発砲せず、Hに向かって「撃て！」と叫んだ。Hは膝をついて三発発砲し、被害者G¹にはその中の二発目が足に、三発目が上半身に当たり、それによってG¹は死亡した。G²は足に負傷し、逮捕された。

【判旨】連邦裁判所は、LGの第一判決を破棄して、一部に無罪判決を言渡し、一部を差し戻した。即ち、Hの行為がG¹の死を惹起したことは立証されているが、量刑においてそれが命令に基づくものであったことが十分考慮されていないとしてその部分に関しては差し戻し、Kに関しては、故意の証明がないとして無罪を言渡した。原審のS¹とS²の無罪判決に対する検察官からの上告に対して、S¹に関してはそれを棄却したが、S²に関しては、「撃て！」といったことが殺人の故意でなされたかどうかを審理し直すように差し戻した。この判決は、事実関係、特に未必の故意の存否を問題としたものであって、原理的に処罰の可能性を否定したものではない。即ち理論的には、(一)の原則を確認したものであるといえよう。

(三) B G H 一九九三年一〇月二〇日第五刑事部判決^①

【事案】一九六五年の秋に被告人Hは、国境警備兵として、W（既に有罪が確定）およびB（既に無罪が確定）と共に、旧DDRとベルリンの間の国境警備の任務に就いていた。一九六五年一〇月一八日午前二時四五分頃、被害者KとR（本件での証人となった）は、上述の地区において越境逃亡を企てた。WとBはこれを発見し、威嚇射撃を行い、停止および引き返しを命じた。KとBはこれに従い、手をあげて境界の端に車の侵入を防止するために掘ってあった壕のところまで引き返してきた。さらにWとBは「催促のために」マシンガンで更に射撃を行い、Rはそれによって重傷を負った。そこにかけつけたHは、壕から「出てこい」と命じたが、Rは「けがをしたから出てこれない」と言ってその場に留まった。これに対してKはその命令に従い、壕から出た。ところが、Hは、射撃の前かあるいは後に

「俺は、ここから誰一人として出す訳にはいかないと誓ったんだ」といって、Kに向かってマシンガン「カラシニコフ」で射撃し、これを殺害した。その際Hは、Kは犯罪者で政敵であり、その生命に配慮する必要はないと考えて、意図的に殺害したものであった。

これに対してポツダム地区裁判所は、Hに対して故殺罪で六年の自由刑にの有罪判決を下した。これに対して被告人・検察の双方から上告がなされた。

【判旨】 上告審では時効、恩赦、地区裁判所の構成および謀殺罪の成否が問題とされた。時効の問題については後述し、ここでは謀殺罪の成立可能性について紹介する。これまでこの種の事件については故殺罪が適用されてきたが、連邦裁判所は本件のような事例については謀殺罪の適用が可能であるとした。これはすでに抵抗できない状態にあった被害者を殺害した点で「低劣な動機」が肯定できるとしたものである。

三 時効に関する法改正と判例

以上で紹介した最後の判例で問題となったように、旧東独の犯罪の訴追について、既に時効が問題となりはじめている。これは戦後のナチスに対する犯罪の処罰問題における時効問題と類似している。ナチス犯罪の時効問題については、激しい論争を経て、刑法上の時効期間の算定法が成立した⁽¹²⁾。同法第一条は次のように規定している。

「(1) 無期自由刑に処せられるべき罪の時効期間を算定するにあたっては一九四五年五月八日から一九四九年二月三日まで⁽¹³⁾の期間は計算に入れない。この期間内において、それらの犯罪の公訴時効は停止していたことになる。

(2) 第一項は、本法の施行の際に既に公訴時効が成立していた犯罪には適用されない。」

そしてこの後、謀殺罪の時効廃止を含む時効規定の改正が行われたことは周知のことである。このような時効問題に

関する立法問題が今再び旧東独犯罪の処罰に関連して議論の対象となっている。⁽¹³⁾ 以下ではこの問題について最近の立法に至るまでの状況を紹介する。

(一) 刑法導入法三二五条aの新設

統一条約によると一九九〇年一〇月三日からは刑法典七八条以下が適用されるのが原則である。しかしそれによると一九九〇年一〇月三日に旧東独法によれば時効がまだ成立していない犯罪について問題が生じる。これについて統一条約に基づいて設けられた刑法導入法 (EGStGB) 三二五条aは、当初、次のように規定していた。

「ドイツ民主主義共和国で訴追され、判決を受けた行為に対する公訴・執行時効
公訴または執行の時効が、ドイツ民主主義共和国の法により加入の発効時までに発生しなかった限りにおいて、このことはそのままに留まる (bleibt es dabei)。公訴時効は、加入の発効日に中断されたものとみなされる。但し刑法典七八条c三項は
このことによって変更されない。」

この条文はその文言が不明確であったため幾つかの解釈論上の問題が生じた。例えば「このことはそのままに留まる (bleibt es dabei)」という部分についても何がそのままに留まるのか不明確であるとする批判などがなされた。ここではその後の議論の中で定着してきた通説的な解釈に基づいて解説しておく。本条は、上述の原則として連邦共和国法が適用される原則が適用されることにより、(旧東独法によればより長い公訴時効期間が定められている場合に) 加入によって有利に扱われる場合を回避しようとするものである。すなわち例えば旧東独法によると一〇年以上の自由刑にあたる犯罪については公訴時効期間は二五年と定められているが、連邦共和国刑法典七八条によると二〇年なので一九六八年に行われた行為については旧東独法によればまだ公訴時効が成立していないが刑法典七八条では既に公訴時効は一九八八年に成立していたことになってしまう。このような場合に旧東独法の適用を認めようとしたのが

この刑法三一五条aの立法趣旨だとみられている。但し三一五条aの表題には「ドイツ民主主義共和国で訴追され、判決を受けた行為」とされていることからこの規定の適用範囲は既に旧東独において訴追措置が開始された場合に限定されるという見解がキューパーとヴィルムスによって主張された⁽¹⁴⁾。しかしこれに対しては学説の多くや最近のBGHの判例は、条文自体の文言からはそのような限定は帰結されないとして訴追活動が開始されなかった場合についても本条の適用を認めている。これに対して旧東独法に基づいて既に時効が成立した犯罪についてはたとえ刑法典七八条により長い公訴時効期間が規定されている場合でもそれは適用されないと解されている。このことに関連して特に政治的理由によって訴追がなされず、そのために既に時効が成立した場合についての立法の必要性が議論され後述の立法が行われたのである。

この時効の問題に関連して時効成立を肯定した判例としてマスコミ等で特に注目を集めたのが、(1)の一九九一年七月一〇日のフランクフルト上級地方裁判所の決定である。当初、判例は(2)(4)のようにこの判例と同様の結論をとっていたが、特に(5)の判例によって時効の停止が認められ、それが後述の立法にも影響を与えたと考えられる。

(二) 判例

(1) フランクフルト上級地方裁判所一九九一年七月一〇日決定⁽¹⁵⁾

【事案】被疑者は被害者(起訴強制手続申請者)に対して一九五八年から一九六〇年の間に、ゴータ地区モルヒレーンにおいて一連の強制集団化措置の過程において政治的迫害を加え、被害者の妻の行っていた農業経営を放棄させるべく政治的圧力を加えた。被疑者は被告人を公の場でさらし者にし、その名誉を毀損した。被害者はこれらのキャンペーンの過程で拘禁された。最終的に被害者は一九六〇年に連邦共和国に逃亡した。

【判旨】 本件については、特に刑法二四一条aによる可罰性などが問題となるが、既に時効が成立しており、起訴強制手続の申請は認められない。刑法七八条bの適用による公訴時効の「停止」についても、特別の立法なしには法治国家的理由から認められない。

(2) ブラウンシュヴァイク上級地方裁判所一九九一年一月二二日決定⁽¹⁶⁾

【事案】 被害者(起訴強制手続申請者)は一九五七年七月に旧東独からドイツ連邦共和国に亡命し、被害者の妻も八週後に亡命した。しかし当時八歳になる彼らの娘は、旧東独の祖母の元に留まっていた。被害者は手紙を書いて旧東独の幾つかの官庁に娘の出国を許可させるべく努力したが、効果がなかった。そこで直接、旧東独の管轄官庁に出向いて交渉しようとして、カール・マルクス・シュタット(現ケムニッツ)の検察庁に入国した場合、拘束される危険があるかどうかを書面で問い合わせた。これに対して被疑者のH検察官は、意図的に被害者に対する犯罪の嫌疑はないとの当局の方針とは異なる解答をした。この解答を信じた被害者が一九六一年四月二九日に旧東独に入国したところ、直ちにスパイ活動容疑で逮捕され、スパイ活動を実際には行っていないにもかかわらず、一九六一年九月一八日に懲役九年の有罪判決を受け、一九六一年一月一二日の旧東独最高裁の決定によって有罪が確定した。被害者は一九六四年八月二二日にいわゆる「自由買い」により釈放され、連邦共和国領域に戻った。

このような事案に対して被害者は、検察官Hらを連邦共和国刑法二四一条aの政治的嫌疑をかける行為、同二三九条および旧東独刑法一三一条の自由剝奪、連邦共和国刑法三三六条および旧東独刑法二四四条の枉法罪で起訴するよう、起訴強制手続を申請した。

【判旨】 本件においてもいずれの犯罪についても時効は成立しているとされた。それは以下のような理由に基づく。ドイツ連邦共和国において訴追可能であった行為については、刑法七八条b一項一号(旧六九条)の停止は問題とな

らない。旧東独刑法八三条二号による時効の停止も、連邦共和国における訴追意思が存在していたのだから、認められない。更なる犯罪については一九七三年の国家条約締結以来、連邦共和国の刑事裁判権は存在しなくなったが、国家条約の締結は時効の停止事由とならない。旧東独刑法八四条の規定の適用は、旧東独刑法各論の第一章に限定されていた。従って旧東独刑法三章と八章に規定されていた犯罪にはこの規定は意味を持たない。

(3) KG一九九二年六月九日決定⁽¹⁷⁾

【事案】被告人は国境警備兵としてベルリンの壁の警備に就いていたが、一九七〇年六月一七日に、酩酊して西ベルリンから東ベルリンに壁を乗り越えて入ろうとした連邦共和国民Mをマシンガン（カラシニコフ）で射殺したとして故殺罪で起訴された。ベルリン地方裁判所はこれに対して既に一九九〇年六月一七日に時効が成立しているとして公判開始を拒否した。これに対して検察はKGに即時抗告を申し立てた。

【判旨】公訴時効は成立していない。まず前提としてベルリン地裁は刑法四条ないし七条の国際刑法の原則を適用しようとしているが、行為地が専ら旧東ベルリンであった場合には旧東独刑法によって処断されるべきである。さらに統一条約三一五条四項の適用については、連邦共和国刑法において時効が成立したが、旧東独刑法の規定によればなお訴追可能な行為については何も語っていないとする検察の見解が正当である。

(4) ベルリン地方裁判所一九九二年七月一〇日決定⁽¹⁸⁾

【事案】被告人Jは、国境警備兵としてベルリンの壁の警備にあたっていたが、一九六五年一月二六日に、西ベルリンの逃亡を企てた六五歳のKに重傷を負わせ、それによって一九六五年一月三日に人民警察病院で死亡させたとして故殺罪で起訴された。また被告人CとBは、その殺害の教唆犯として起訴された。

【判旨】これに対してベルリン地方裁判所は公判開始を拒否した。本件については時効の停止が認められず、ナチス

刑法に關して展開された原則の適用は認められない。なぜならば無条件降伏によって終了したナチス政權に対して旧東独政權は統一條約によって終了したのであり、統一條約によれば部分的には旧東独法が継続的に効力を有する場合が認められているからである。

(5) KG一九九二年一月十七日決定⁽²⁰⁾

【事案】檢察は上述(4)の判決に対してKGに即時抗告を申し立てた。

【判旨】檢察官の即時抗告が認められ、時効の停止が肯定された。この事例についてはナチス犯罪の算定法に關して確認された原則が適用され時効は停止する。旧東独政權とナチス政權は比較可能なものである。なぜならば両者とも全体主義的国家であつたからである。そして両者においては共に生命を含めた個人的法益の保護が政治的利益の背後に後退していたのである。

(6) BGH一九九三年一月二〇日第五刑事部判決⁽²¹⁾

【事案】事案については上述した。

【判旨】この事案においては連邦裁判所が時効問題について判断を示したことで注目された。刑法導入法三一五条aの表題は「ドイツ民主主義共和国で訴追され、判決を受けた行為」となっているが、これは限定的に解釈されるべきではなく、文言から見ても、旧東ドイツにおいて政治的な理由からおよそ訴追が開始されなかつた行為にも適用される。

(三) 時効法による刑法上の時効期間の第二算定法の制定

これらの判例の流れを背景として、連邦議會は、旧東独において政治的な理由から処罰されなかつた行為についての時効が停止していたとする立法を、「時効法」⁽²²⁾によって制定した。この法律は上述のナチス犯罪に対する「算定

法」に続くものとして「刑法上の時効期間の第二算定法」と名付けられた。その内容は以下の通りである。

「SED不法政權の支配中に開始されたが、旧ドイツ民主主義共和国の国家および党の指導部の明示的または推定的意思により政治的またはその他の自由主義的法治国家秩序に適合しない理由から処罰されなかった行為の時効期間を算定するにあたっては一九四九年一〇月一日から一九九〇年一〇月二日までの期間は計算に入れない。この期間内において、それらの犯罪の公訴時効は停止していたことになる。」

この立法は、旧東独の犯罪捜査について様々な困難に直面していた捜査当局や、旧東独のいわゆる「新しい連邦諸ラント」の政府関係者からはそれを歓迎する声が上がったが、それに批判的な見解も公表された。特に憲法学者のピロートとキングレーンは、このような立法は基本法一〇三条二項が規定する遡及効の禁止に抵触するものであり、前掲の連邦憲法裁判所の「算定法」に関する合憲判決もまだ時効が成立していない犯罪の時効期間を延長するもの（いわゆる「不真正遡及効」）を合憲とするものであって、本法のような既に時効が成立している行為に対しても適用されるもの（いわゆる「真正遡及効」）まで合憲とするものではないとする。⁽²³⁾ また「国家および党の指導部の明示的または推定的意思により政治的またはその他の自由主義的法治国家秩序に適合しない理由から処罰されなかった行為」の範囲はどこまで認められるかという適用上の困難性も指摘されている。⁽²⁴⁾ 今後、判例が本法をどのように適用していくのかということが注目される。また本法についても連邦憲法裁判所の判断が示される可能性があるがあるので、その判断がどのように示されるかということも興味深いことである。ひき続きドイツにおける判例・学説の動向を検討していく必要がある。

（四）いわゆる「第二時効法」による刑法導入法三一五条aの改正

「第二算定法」に引き続いて、一九九三年月日にいわゆる「第二時効法」⁽²⁵⁾が成立し、前述の刑法導入法三一五条a

が改正された。⁽⁹⁶⁾ その内容は以下の通りである（傍点部分が改正部分）。

「ドイツ民主主義共和国で訴追され、判決を受けた行為に対する公訴・訴追時効

(1) 公訴または執行の時効が、ドイツ民主主義共和国の法により加入の発効時までに発生しなかった限りにおいて、このことはそのままに留まる。このことは、加入の発効前に、ドイツ連邦共和国の刑法も同時に適用される場合にも妥当する。公訴時効は、加入の発効日に中断されたものとみなされる。但し刑法典七八条c三項はそのことによって変更されない。

(2) 一九九二年二月三日の満了以前に統一第三条にあげられた領域内で犯された、上限が一年以上五年以下の自由刑に処せられるべき行為の訴追は、最短で一九九七年二月三日の満了時に時効となり、その領域内で一九九〇年一月二日の満了前に犯された、上限が一年以上の自由刑または罰金刑に処せられるべき行為の訴追は、最短で一九九五年二月三日の満了時に時効となる。

(3) 謀殺(刑法典二二一条)の構成要件に該当するが、その刑はドイツ民主主義共和国の法に従って処断される犯罪は時効にかからない。」

まず第一項において第二文が挿入されたが、これは上述の判例(2)等で問題になった旧東独刑法と同時に連邦共和国法も既に適用できた場合についても本条が適用されることを明らかにしたものである。

次に新設された第二項は、統一後の旧東独地域における司法の再建にかかった時間帯を考慮して、公訴時効が成立する最短期間を、中程度の犯罪(法定刑の上限が一年以上五年以下の自由刑の犯罪)については一九九七年末に、比較的軽い犯罪(上限が一年以下の自由刑の犯罪)についても一九九五年末に設定し、それまでは公訴時効が成立しないとしたものである。なお中程度の犯罪については統一後一九九二年末までに犯された犯罪も含まれているが、これは統一後の混乱に乗じて犯された経済犯罪を中心としたいわゆる「統一犯罪」に対応するものである。

さらに謀殺罪については、それが旧東独刑法によって処断される場合についても時効を廃止した(第三項)。

これらの時効成立の最短期間設定措置については第二時効法第二条において「適用領域」として「第一条に規定された刑法導入法三一五条a二項および三項は、本法の施行の際に既に公訴時効が成立していた犯罪には適用されない。」と規定されていることに注意すべきである。したがってこの改正はいわゆる「不真正遡及効」を定めたものとなる。

この改正についても、比較的程度の軽い犯罪に類型についてまで時効期間の最短期間を設定した措置は、それに期間内ならば、公訴時効が成立しないので捜査機関に十分な時間をかけて事案の解明にあたる猶予を与えたことになるとして歓迎する声もあるが、やはり本法についても憲法的な罪刑法定主義の遡及効禁止の観点から疑問点も指摘されている。この条項についても今後判例の動向が注目されるのである。

- (1) FAZ vom 30. 5. 1994.
- (2) この訴訟については拙稿「ドイツ統一後の旧東ドイツ犯罪の処罰問題」刑法雑誌三三卷三号二一九頁以下を参照。
- (3) 彼に対する手続は、一九九二年一月一日に心臓病を理由に審理能力なしとして打ち切られた。
- (4) 彼に対する手続きについては、平行して行われている一九三一年の二人の警察官殺し事件に関する訴訟と同時に審理することは高齢と健康上の理由から不可能であるとされ、後者についてのみ審理を継続することになり国境での殺害事件については、手続が中断された。拙稿(前掲・注2)二二六頁においてはミールケの訴訟はまだ継続しているとしたが、これは警察官殺害容疑のものであるので、同所の記述としては適切ではなかった。ここで訂正しておく。
- (5) この判決は「資料」(Dokumentation)としてNJ 1994, 210 ff. に公刊されている。
- (6) *Eser/Arnold*, Strafrechtsprobleme im geeinten Deutschland: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor neuen Herausforderungen, NJ 1993, 245 ff., 289 ff. 文献にいつても同論文において包括的にあげられているので、本稿においては原則として、同論文以後のものについてのみ引用する。
- (7) *Jakobs*, Untaten des Staates-Unrecht im Staat, Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?

GA 1994, 1 ff.

- (8) Vgl. Zur Verantwortlichkeit für die Tötungen den DDR-Sperranlagen-Aus dem Schlussvortrag der Staatsanwaltschaft bei dem Kammergericht, Arbeitsgruppe Regierungskriminalität, im NVR-Verfahren, RuP 1994, 20 ff.

(9) BGHSt. 39, 1.

(10) BGH NJW 1993, 1932.

(11) BGH NJW 1994, 267.

- (12) Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfrist vom 13. 4. 1965 (BGBl. IS. 315), geändert durch Art. 57 Gesetz vom 25. 6. 1969 (BGBl. IS. 645).

- (13) 一九九一年末位までの議論については、既に道谷講師による紹介がある。道谷卓「公訴時効——歴史的考察を中心として——」関西大学法学論集四三巻五号や二頁以下、一〇二頁以下。

- (14) Küpper/Wilms, Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, 91 ff. なお道谷講師は、自己の「私見」として「三二五条aの規定は、統一前に発生した犯罪で、統一前に旧東ドイツで公訴が提起されている場合のことを述べているものと解される」(前掲論文一〇頁)とされ、その場合には刑法典二条三項の『最も軽い法律』という点は、公訴時効の規定にも適用されるのが適当と思われる」(前掲論文一〇九頁)とされる(なお前掲論文一一二頁以下参照)。しかしこのような解釈は立法者の意図とも、また通説的な解釈とも異なるものである。

(15) LG Frankfurt/M., StV 1991, 421 mit Anm. Lemke/Hettinger.

(16) OLG Braunschweig, DtZ 1992, 126 mit krit. Anm. von König, NStZ 1992, 183.

- (17) KG 又は Kammergericht (「宮廷裁判所」)の略であるが、これは歴史的な理由からするベルリンの上級地方裁判所の呼称である。

(18) KG, NStZ 1992, 542.

(19) LG Berlin, DtZ 1992, 335.

(20) KG, NStZ 1993, 340.

- (21) 上掲二(三)。なお連邦裁判所の一九九四年一月一八日の Pressemitteilung によれば公訴時効に関する新しい判決が下された(1 StR 740/93)。これについても判決の公刊を持って紹介・分析を行う予定である。
 - (22) Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechthatten (VerjährungsG) vom 26. März 1993, BGBl IS. 392.
 - (23) *Pieroth/Kingreen*, Die verfassungsrechtliche Problematik des Verjährungsgesetzes, NJ 1993, 385 ff.
 - (24) *Heuer/Liße*, Laßt verjähren, was verjährt?, DtZ 1993, 354 ff, 357.
 - (25) Gesetz zur Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen (2. Verjährungsgesetz) vom 27. September 1993, BGBl I S. 1657.
 - (26) 修正に ついて *Letzgas*, Unterbrechung, Ruhen und Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen für im Beitrittsgebiet begangene Straftaten, NStZ 1994, 57 ff. 等を参照。
- (追記) 脱稿後一で触れたケスラーらの事件の上告審判決が一九九四年七月二六日に連邦裁判所によって下された。有罪判決は維持され、さらに検察側の主張をみると、ケスラーらを単なる教唆犯としてではなく正犯としての処罰を認めた点が特に注目される。判例の公刊を待って詳しく検討したい。なお新聞報道によるとケスラーの弁護人はこれに対して憲法抗告の訴えを憲法裁判所に提起した。この訴訟のゆくえも注目される。なお注(4)で触れたミールケの訴訟についても既に有罪判決が下され、さらに最近になっていまだで仮に中断されていた国境で殺害に対する訴訟も再開されることが決まった。筆者は現在この問題に関連して罪刑法定主義の遡及効禁止問題に関する論文を執筆中であり、その論文中でその後の動向にも触れていきたいと思う。その論文では、自然法と法実証主義、刑法の実定性の意義、法の妥当性などの法哲学的根本問題との関連についても論じる予定である。なおそれと関連した興味深い著書として *Alexy*, Robert, *Mauerschützen* — Zum Verhältnis Zwischen Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993 があつて。